Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

XVII.

Ueber die Verschiedenheit der Stellung des Beweisverfahrens in dem heutigen gemeindeutschen, ordentlichen Prozesse.

(Preisschrift)

von

Herrn **Julius Nau,**

am K. Landgerichte München.

(Fortsetzung des Aufsatzes Nr. X. im vorigen Heft.)

Kapitel IV.

Canonisches Recht.

§. 23. Einleitung.

Eine lange Pause für die Entwickelung unseres Gegenstandes tritt ein. Der römische Staat, schon lange untergraben und erschüttert, war auch dem Namen nach im Westen Europas untergegangen. Neue Völker hatten sich über dessen Gebiet ergossen und sich im Gemisch mit den alten Einwohnern nach langen Stürmen zu neuen festen staatlichen Einrichtungen wieder gekräftigt. In solchen Zeiten hat sich aber stets gezeigt, daß Recht und Sitte nahe verwandt seien daß die Träger des religiös-sittlichen Lebens in solchen Perioden einen Beruf haben zur Einwirkung auf das Recht, daß die religiöse Weihe den Gesetzen das Ansehn zu geben vermag, welches den Anordnungen halbbarbarischer Regenten abgeht.

So haben wir denn die Periode vor uns, in der zu der wiedererwachten wissenschaftlichen Behandlung der Justinianischen Rechtsbücher — den Arbeiten der Glossatoren — die päbstliche Gesetzgebung als Rechtsquelle tritt, von dem vorwiegenden Einfluß der letzteren die des canonischen Rechts genannt. Ihrem Umfange nach er-

streckt sie sich für diese Arbeit bis zum Beginn der Gesetzgebung für die Reichsgerichte am Ende des 15. Jahrhunderts. Besonders aber mußte sich der Einfluß der kirchlichen Gesetzgebung im Processe zeigen, dem Theile der Rechtswissenschaft, welcher es mit dem Wirksammachen der Rechte zu thun hat, und dies mußte um so leichter werden, als die Kirche selbständige Jurisdiktion für ihre Angelegenheiten hatte und man nur aus den canonischen Prozeßrechtsbüchern die Sätze für den Prozeß in Civilsachen herüber zu nehmen brauchte.

§. 24. Bemerkungen über die Quellen.

Im röm. Recht hatte der Prozeß wenig wissenschaftliche Behandlung gefunden. Als die wissenschaftliche Thätigkeit sich dem röm. Recht zuwandte, griff sie sofort nach diesem Rechtstheile. Das beweisen die zahlreichen ordines judiciarii; daher kommt es, daß jetzt selbständige, wissenschaftliche Bearbeitungen die meiste Anfmerksamkeit bei Behandlung prozessualischer Fragen in Anspruch nehmen. Wie dürftig diese Anfänge sind, zeigt z. B. der 1852 herausgegebene ordo judiciarius von Ricardus Anglicus, der für das Beweisverfahren gar nichts enthält. Bald aber erweitert sich der Gesichtskreis. Pillius und Tancredus geben schon detaillirtere Darstellungen und in Durantis speculum tritt uns massenhaftes Material, wenn gleich meist compilirt, wie dessen Commentator Andreas in den Noten bezeugt, entgegen. Von welchem Einflusse Durantis gewesen, mögen außer der K.-G.-O. v. 1507 folgende Worte des angesehenen Mailändischen Rechtsgelehrten Alciatus in seiner praxis utriusque juris in §. judicii praeparatio beweisen: Speculator ille noster Gulielmus Durandus, aurei sui illius speculi, non vitrei, non manu mortali facti, sed immortali ingenio conflati... quem et ego imitaturus et post optimi et sagacissimi messoris terga spicilegium meum confecturus... Von nicht weniger vorwiegendem Einflusse sind für die spätere Zeit

die Werke des sogenannten Panormitanus. [1]) Dieses vorwiegenden Einflusses wegen scheint es gerechtfertigt, nächst den Gesetzen und den Glossatoren diesen berühmten Rechtslehrern besondere Rücksicht zuzuwenden.

§. 25. Prinzipien, auf welchen die Stellung des Beweisverfahrens im Canonischen Rechte beruht.

Um nun vor allen Dingen sich klar zu machen, von welchem Standpunkte aus das Recht der verflossenen Perioden in dieser Zeit betrachtet wurde, ist zu bemerken, daß die Glossatoren nach dem röm. Recht ihre Rechtsverhältnisse bemaßen umgekehrt aber auch auf das röm. Recht die Verhältnisse ihrer Zeit anzuwenden suchten. Es konnte nicht fehlen, daß nicht hier manche prozessualische Einrichtung entstand, die sonst schwer zu erklären wäre. So möge z. B. an die interrogationes in jure erinnert werden, aus welchen sich das toto coelo verschiedene Institut der Positionen und Responsionen gebildet hat. Daß die Auffassung des röm. Rechts aber seitens der Rechtslehrer und der päbstlichen Gesetzgebung eine unklare war, ist keineswegs dieser als Schuld beizumessen, sondern bei der höchsten Achtung vor ihrem wissenschaftlichen Eifer muß man festhalten, daß ihnen theils die uns jetzt offenen Quellen verschlossen waren, daß das

1) Diesem gebührt das Lob, das v. Linde, Lehrbuch des Civilpr. 7. Aufl. S. 43 dem Johann Auerbach (Urbach) spendet. Der Titel des von v. Linde Note 5 citirten Buches, das in der dort citirten Ausgabe mir vorliegt, lautet wol: processus juris Johannis de Auerbach cum actis Joh. de Eberhausen und auch am Ende dieser Ausgabe von 1512 wiederholt sich die nehmliche Bezeichnung, aber in der Widmung an den Bischof von Naumburg gerichtet, heißt es: „itaque quam primum per occupationes, quibus tunc distinebar, licuisset, processum judiciarium domini Panormitani juris peritissimi, quem passim Auerbachs jam appellitant, cum appendiculis domini Doctoris Eberhausen ... in manus illico sumsi. Die Anmerkungen Auerbachs und Eberhausens scheinen, nach Einzelnem zu schließen, mit wenig Ausnahmen aus dem Werke des Panormitanus ad decretales zu sein.

wilde Gestrüppe, das den Boden des röm. Rechts überwucherte, erst durch historische Forschung zu beseitigen war, daß die Sichtung der verschiedenen Perioden, aus welchen sich Sätze in der Justinianischen Compilation befinden, ihnen nicht möglich sein konnte und daß das Justinianische Recht selbst zur Scheidung dieser veränderten Punkte wenig Anhalt bietet.

Aus dem Gesagten ergiebt sich bereits, daß die Veränderungen, die mit dem Prozesse überhaupt, sowie insbesondere mit der Stellung des Beweisverfahrens vor sich gingen, in äußerer Beziehung einem zweifachen Gesichtspunkte untergeordnet werden können:

a) der Auffassung des röm. Rechts in damaliger Zeit durch die Wissenschaft

b) der positiven Einwirkung der päbstlichen Gesetzgebung.

1.) In erster Reihe tritt unter den Prinzipien, auf welchen die Veränderungen beruhen, die Schriftlichkeit des Verfahrens auf. C 11 X de prob II, 19 Quoniam contra... statuimus, ut tam in ordinario judicio quam in extraordinario, judex adhibeat semper aut publicam si habere potest personam, aut duos viros idoneos, qui fideliter universa judicii acta conscribant: videlicet citationes, dilationes, recusationes, exceptiones, petitiones, responsiones, interrogationes, confessiones, testium depositiones, instrumentorum productiones.. et caetera quae occurrerint competenti ordine conscribenda, loca designando, tempora et personas.

Die aufgezählten Punkte zeigen schon, daß die dem Beweisverfahren angehörigen Handlungen protokollirt werden mußten.

2.) Sobald wissenschaftliche Thätigkeit eintritt, ist eine der ersten Bemühungen, sich ein Fachwerk, ein System zu schaffen, in welches das Einzelne zweckmäßig vertheilt werden kann.

Schon Pillius und Tancredus und so alle folgenden Rechtslehrer haben eine Dreitheilung des Rechtsstreites in

die Periode von der l. c. bis zur conclusio in causa und von da bis zum Endurtheil und zur Execution. Diese drei Theile finden sich z. B. bei Alciatus als pars praeparatoria oder dispositiva, pars diffinitiva und pars finitiva. Bartolus de Saxoferrato (Ausg. v. Martin S. 16) zählt 10 tempora, von denen je die drei ersten und letzten dem I. und III. Theile, die vier mittleren dem II. angehören. Obgleich bei dem einzelnen Beweismitteln sich diese Scheidung als einflußreich auf die Stellung des Verfahrens erweist, so beim Zeugenbeweisverfahren [2]), so konnte sie doch auf die Stellung des ganzen Beweisverfahrens nicht wirken, weil die Grundsätze des röm. Rechts, daß nach jeder einzelnen Behauptung deren Beweis erbracht wird, sowie daß die Parteien wählen können, wie sie die Beweismittel nach einander bringen wollen, unverändert geblieben sind. *Trotzdem muß doch hierin ein Schritt vorwärts zur Sonderung des Beweisverfahrens von den Behauptungen erkannt werden*, da man allerdings in dem Einen Theile das in den andern Gehörige nicht zulassen wollte, wie sich das im Einzelnen ergeben wird.

3. Auch die Entwickelung des Eventualprinzips macht einen Schritt vorwärts oder besser gesagt, macht den ersten Schritt durch c. 4 X II., 25 de exc:

> Pastorales. Quoniam per dilatorias exceptiones malitiose nonnunquam causarum terminatio prorogatur... decernimus, ut intra certum tempus a judice assignandum omnes dilatoriae proponantur ita quod si partes ex tunc voluerint aliquas opponere, quas non fuerint protestatae nullatenus audiantur, nisi forte aliqua de novo sibi competens exorta fuerit: vel is, qui voluerit eam opponere,

2) Tancredus lib. III. T. 11. läßt reprobatio tam in dicta quam in personas testium zu, wenn sie nur ante sententiam geschieht, während Innocenz III. (1208) c. 31. praesentium X, II. 20. den direkten Gegenbeweis nach der Publikation der Aussagen ausschließt, wenn nicht durch Protestation das spätere Excipiren vorbehalten wurde c. 25, 26, 35 h. t.

fidem faciat juramento, se postmodum ad illius notitiam pervenisse.

Freilich mag das Protestiren, das auch bei dem Zeugenbeweise wiederkehrt, c. 31 praesentium X, II. 20 das hier Befohlene oft genug unwirksam gemacht haben. Auch darf vom Richter ad proponendas omnes exc. peremt. ein Termin gesetzt werden. Durantis de exc. et repl. §. 3 Nr. 4. Doch wird sich zeigen, daß auch diese Bestimmungen nichts an der Stellung des Beweisverfahrens änderten, indem zur Prozeßkürzung zwar die Behauptungen, jedoch nicht die Beweisführungen cumulirt werden konnten.

4. Eine größere Ausdehnung erhielt das Verfahren dadurch, daß die Theorie begann sich mit dem Gegenbeweise zu beschäftigen. Was im röm. Recht sozusagen en passant, während des Zeugenverhörs z. B. oder gleich nach demselben durch Interpellation an den Richter geschehen war, das wurde jetzt auf bestimmte Termine gesetzt. Vgl. Durantis de teste §. 10 p. 316. (Ausg. v. 1592) Panorm fol 88b. Jede Partei kann Termine für zwei reprobationes und Eine probatio verlangen. Das odium reprobationis Pan. ibid. soll den Richter bestimmen, den directen Gegenbeweis bis in das tempus disputationum zu verschieben.

5. Im älteren röm. Recht hatte die l. c. eine bestimmte, feierliche Form als Schlußpunkt der Verhandlung in jure; im neuern röm. Recht war sie formlos geworden (lis tunc contestata esse videtur C. III. 9) im canonischen Recht gewinnt sie wieder feste Gestaltung. Sie geschieht durch die zwei nothwendigen Behauptungen: nego narrata prout narrantur, dico petita fieri non debere. Durantis pars II. 2 p. 292. Eine von diesen genügt nicht. Sie muß ea mente sein, ut in causa procedatur (Durantis ibid Nr. 11) daher kann auch protestirt werden, daß durch zu machende Angaben lis nicht contestirt werden wolle. Durch exc. peremt wird — anders als

im neuern röm. Recht — lis nicht conteſtirt. c. 2. in VI. II, 3. de l. c. Durch die Allgemeinheit der angegebenen gewöhnlichen Formel für die l. c. war die Gründung eines neuen Inſtituts nöthig, nehmlich der Poſitionen. Wenn der Beklagte ſich ſo ausgeſprochen hatte, und der Richter hätte einen Schritt weiter gehen wollen, ſo würde er immer den Kläger mit dem Beweiſe haben belaſten müſſen. Das durfte nicht ſein. Durantis bemerkt in der rubr. de positionibus II, 2 p. 288 .... ideo positiones inventae sunt, ut per eas partes releventur ab onere probationum und in der Definition p. 288: positio est.. formula.. ad veritatem eliciendam concipienda. Die Poſitionen treten überall ein, wo Beweisführung eintritt ibid §. 4 p. 230. Quando faciendae sund positiones? Et certe cum succedunt in locum probationum et eas imitari debeant generaliter quandocunque et ubicunque probatio admittitur, fieri possunt: unde fiunt ante l. c. super exc. dilatoriis, quae tunc debent probari et in aliis casibus in quibus testes l. non contestata recipiantur et adversarius cogendus est per judicium respondere illis.

Eine klare Auseinanderſetzung über positiones und responsiones bei Panorm (Ausg. unter dem Namen Joh. Auerbach v. 1512) fol 72 b und ff. woſelbſt er auch die kürzere Form angiebt — fol 77 b, wonach Poſitionen und Artikel zugleich gefertigt werden können: ponit et probare intendit et sic positiones negatas dant pro articulis. Dieſe Artikel oder abgeleugneten Poſitionen müſſen, falls ſich die Partei zu deren Beweiſe erbietet, dem Gegentheile zur Abfaſſung von Frageſtücken hiezu, welche der Richter beim Zeugenbeweiſe zu berückſichtigen hat, übergeben werden.

6. Die Grundſätze über vom Richter gegebene Friſten ſind gemäß der ganzen Zeitrichtung und ihrer Caſuiſtik durch vielfache Unterſcheidungen weiter gebildet. Bei Durantis und ſo bei den folgenden finden wir eine große Anzahl von Namen für Friſten: dilatio experiundoria, citatoria,

exceptoria etc. bei Durantis 39, unter diesen auch eine probatoria, worunter aber nach den dort citirten Stellen keine andere gemeint ist als die in l. fin. C. de dil angeordnete von 3 — 6 — 9 Monaten ad instr. collig. Somit kann auch im canonischen Recht von einer Beweisfrist in unserem Sinn, die das ganze Beweisverfahren in gewisse Grenzen engt, so wenig als im röm. Recht gesprochen werden.

7. Im Laufe des Prozesses können wieder ganz so, wie im Römischen Prozesse Interlocutionen nöthig werden, welche sich auf die Prozeßleitung beziehen, keineswegs aber die Einleitung eines Beweisverfahrens bezwecken.

8. Daß von einem Beweisinterlokute als *nothwendigem* Prozeßtheile keine Rede sein kann, ergiebt sich daraus, daß die Periode der Behauptungen nicht abgegrenzt war, *Ein* Beweisurtheil somit weder genügt hätte, noch bei dem Bestehen des Grundsatzes, daß die Parteien ihre Beweise gelegentlich erbringen und sich hiefür allenfalls Fristen erbitten, Bedürfniß gewesen wäre, Planck l. c. S. 146.

§. 26. Stelle der Behauptungen im Canonischen Recht.

Um die Stelle der Behauptungen im canonischen Recht zu ermitteln, müssen wir den ganzen Prozeß in zwei Hauptabschnitte getheilt denken, in den Abschnitt *vor* und *nach* der Litiscontestation. Dieser Einschnitt wird dadurch gerechtfertigt, daß die l. c. wieder wie bemerkt, eine feste Gestaltung gewonnen hat. Es wird demgemäß gezeigt werden, welche Behauptungen vor und welche nach der l. c. zu stehen pflegen. — Erst nachdem diese Feststellung geschehen ist, soll dargestellt werden, daß das Beweisverfahren in gleicher Weise mittels Positionen und Artikel und mit dem dazu gehörigen Gegenbeweise *nach jeder einzelnen* Behauptung Statt finde und sonach ein Beweisverfahren ebenso oft auftrete, als einzelne Behauptungen erbracht werden.

A. Vor der Litiscontestation werden unbestritten und gestützt auf den Prozeßgang des neuern röm. Rechts vorgebracht: die foridekliniatorischen, die procuratorischen und die Prozeßlegitimation betreffenden Einreden, die dort schon ausgezeichnet behandelten, im canonischen Rechte aber durch gesetzliche Bestimmung hierher gewiesenen peremtorischen prozeßhindernden Einreden rem judicatam, transactam vel finitam betreffend. Allein zu diesen treten nach einer außerordentlich abweichenden Theorie und Praxis gar manche andere Einreden. Wir befinden uns hier auf einem sehr schwankenden Boden, denn zu den prozeßhindernden Einreden werden von den canonischen Rechtslehrern auch die gezählt, welche actionem nullam esse darstellen; daß aber über diese sogenannten exc. facti jede Uebereinstimmung unter den Canonisten fehle, hat Albrecht Exc. S. 126 genügend geschildert. Es liegt außer dem Zwecke dieser Abhandlung, die grenzenlose Verwirrung in dieser Lehre, die bis zum Beginne der Gesetzgebung für die Reichsgerichte sich nur immer mehr steigert, darzustellen, — Verworrenheit entzieht sich ohnedieß der Darstellung —, nur einige der bedeutendsten Stellen über diese Gattung der exc. mögen Platz finden. Zunächst eine von Innocenz IV. in seinem Apparatus ad decretales, ad c. 4. X. II, 25. Hier werden die bekannten drei peremtor. prozeßhindernden Einreden derselben Rücksicht der Prozeßnullität untergeordnet, wie es die spätere Praxis mit der vagen Gattung der exc. facti gethan hat. Si autem sit peremtoria solutionis (nachdem von der noch zu berührenden dilatoria solutionis gesprochen) et declinatoria judicii (zu unterscheiden von decl. fori) non in principio probatur, sed in prosecutione principalis quaestionis differtur, nisi talis sit, per quam diceretur sententia nulla esse ipso jure ut est exc. rei judicatae. Von der Ansicht über Prozeßnullität ausgehend, nicht wie Albrecht Exc. S. 120 meint, von der exc. transactae und mißverstandenen Stel-

len des röm. Rechts aus schreibt sich somit die gelegentliche Bezeichnung, keineswegs neue Einführung der per. l. i. i. in l. 1 in VI° II, 3 her. (In Bezug auf Innocenz IV. giebt Albrecht l. c. dieß zu.) Die Worte des Gesetzgebers dort lassen nichts von einer neuen Einführung merken, und im Zusammenhalte mit dem in den vorigen Perioden Erörterten, sowie mit dem von dem Gesetzgeber selbst verfaßten Commentare wird diese Annahme zur Gewißheit erhoben. Denselben leitenden Gesichtspunkt der Prozeßnullität für die Stellung der prozeßhindernden Einreden finden wir in der späteren Zeit: Praxis judiciaria Lanfr. de Oriano c. 4 de exc. Nr. 18. Zu den bekannten l. i. i. setzt er noch: item exc. praescriptionis et exc. solutionis et liberationis et generaliter omnis exc. dicitur esse litis finitae, quae praesupponit agentem experiri sine actione et hujusmodi exc. opponi possunt ad processum (d. h. ante l. c.) et ad merita causae (d. h. post. l. c.). Diese letztere Stelle vermag zugleich zu zeigen, wie verworren die Lehre von den Exc. geworden sei. Ein weiteres Beispiel der verschiedenen Abweichungen bietet sich an der erwähnten exc. solutionis, wobei zugleich eine Berichtigung einer Behauptung Guyet's in der Zeitschrift von Linde Band VII, S. 445 Platz finden möge. Guyet sagt dort: „Es möchte sich wohl behaupten lassen, daß Innocenz auch die Einrede der Zahlung und des pacti de non petendo, mithin, da für diese beiden allein sich eine Begünstigung nicht denken läßt, alle peremt. Einreden unter gewissen in dem cap. 1 und dem Commentare nicht ausgesprochenen Bedingungen zu den exc. litis finitae, mithin zu den einlassungshindernden Exc. gezählt wissen will", und ferner „daß Einreden liquid sein müßten, darüber spricht sich Innocenz nicht aus, ebensowenig bestimmt er, daß mit dem Vorschützen derselben eine eventuelle l. c. zu verbinden sei, vielmehr erklärt er ganz allgemein, sie hindere die l. c."

Wir besitzen aber in dem citirten Apparatus ad c. 4. X. II, 25 de exc. die Ansichten Innocenz IV. in klaren Worten, worin er von der dilatoria solutionis, wenn sie prozeßhindernd wirken soll, Liquidität oder Liquidabilität fordert. Die Stelle lautet: De dilatoria exc. solutionis, dic, quod sic, quod si ex confessione actoris, vel alio modo constaret, quod solutio debiti differenda sit, repellitur ab agendo et induciae duplicantur. Sed si non constat proposita exc. dil. solutionis facienda est l. c. super principali quaestione et probatio exceptionis differenda est post l. c. Nach der l. c. will Innocenz IV. diese nicht mehr anbringen lassen, höchstens parum post puta antequam ad alios actus judicii procedatur, gestützt auf l. 19. Cod. IV, 19. Der Beklagte wird von ihm wegen Ausschlusses mit derselben beschwichtigt durch die Erwägung: nec reus ex hoc potest multum conqueri, si post l. c. non posset hanc opponere, quia cum temporalis sit, tantum modicum generet praejudicium. Jedoch gesteht Innocenz zu, daß die Sache bestritten sei und Panorm. ad decr. ad c. exc. X. II, 25. Nr. 9 bezeugt, daß Hostiensis anderer Meinung sei.

Wir wollen schließlich zusammenfassend bemerken, daß als proceßhindernd sonach auftreten: die fori decl., den Legitimationspunkt und die Prozeßführung betreffende Einreden, ferner einige dieser Zeit speciell angehörigen Exc.: loci non tuti und ähnliche, die exc. spolii und excommunicationis. Diese letztere wird als anomala bezeichnet, weil sie in jedem Theile des Prozesses angebracht werden kann, jedoch mit den Beschränkungen, daß sie schleunig bewiesen und nur zweimal angebracht werde Panorm. (Ausg. von Auerbach, fol. 61.). Endlich gehören hierher die dilatoria solutionis im Falle der Liquidität oder Liquidabilität, und außer den exc. litis finitae (einschließlich r. jud und transactae) noch jene peremt. Exc., welche actionem nullam esse darstellen.

B. Ist dieser mögliche Abschnitt oder Vorprozeß beendigt, nämlich durch Interlocut des Richters, so entspinnt sich, nachdem die Verpflichtung zur Streiteinlassung ausgesprochen, die Verhandlung über den Klagegrund, und zwar über diesen allein ohne Rücksichtnahme auf exceptiones. Mit Berufung auf die Glosse ad vocem publicatae c. 29. X. II, 20. de test. sagt Durantis I. part IV. de teste §. 3 Nr. 20: imo fatuus est qui ante publicatas attestationes actoris et antequam sciat illum suam intentionem probasse, exceptionem probat. Freilich bemerkt er gleich selbst dazu, daß wenn es dem reus selbst um Beschleunigung des Prozesses zu thun sei, so könne er zugleich mit dem actor beweisen et hoc communiter observatur gratia dirimendarum litium. Daß hier Positionen eintreten, um den Beweis der zugestandenen überflüssig zu machen, daß ferner die negirten Positionen in Artikelform behufs der Beweisführung gebracht werden, zu welchen der Produkt Interrogatorien stellt, wurde schon bemerkt und hat hier nicht weiter dargestellt zu werden. Nachdem nun der Klagegrund erörtert, kann eine peremtorische Exc. ähnlich wie im neuern röm. Recht vorgebracht werden. Es berufen sich nehmlich alle Rechtslehrer lediglich auf das röm. Recht; keine Gesetzesstelle aber im canonischen Recht findet sich, welche in dieser Beziehung Anderes ausspricht. Es kann also nach beendigter Verhandlung und Beweisführung über eine peremtorische Exc. die andere bis zum Beschlusse der Sache angebracht werden. Diese conclusio causae ergiebt sich aber erst dadurch, daß beide Parteien auf weiteres Vorbringen verzichten, vgl. Durantis de renuntiatione et conclusione p. 397. Jedoch kann gegen Prozeßverschleppung geholfen werden Durantis II. p. 1 de exc. §. 3 Nr. 4 Innocenz IV. apparatus ad c. 4. X. II, 25: .. si excipiens hodie proponat unam, cras aliam, nam ad confundendam ejus malitiam judex terminum praefigat... si terminus praefixus non esset, semper usque ad senten-

tiam proponere posset, quia eadem ratio est in peremtoriis quae in dilatoriis (für welche ja schon, eben durch diese c. 4. cit., Ein Termin zur Anbringung vorgesteckt werden soll, wie oben schon bemerkt wurde) scilicet ut finis litium festinetur.

Es versteht sich, daß bei allenfallsiger Cumulation in der Anbringung peremtorischer Einreden die Verhandlung über jede einzelne nacheinander Statt findet. In dem Falle der vorgängigen Präfigirung eines solchen Termines zur Anbringung aller Peremtorien ist Nachbringen derselben nur bei novis und nach Ableistung eines Eides gestattet.

Als eigener bemerkenswerther Prozeßabschnitt ist der, wie schon bemerkt, aus einem Mißverständnisse der Glossatoren entstandene Termin für disputationes und allegationes im canonischen Recht allgemein anerkannt und insbesondere für den direkten Gegenbeweis von Bedeutnng. Vgl. Durantis de disputationibus et alleg. advocatorum (Frankf. Ausg. v. 1592 p. 387.)

§. 27. Stellung des Beweisverfahrens im Canon. Recht.

Nachdem nun dargestellt wurde, wo Behauptungen vorkommen können, ist nun zu ermitteln, welche Stelle die Beweisführung in den jedesmaligen Verhandlungen hierüber einnehmen. Hier ist zu bemerken, daß nach jeder einzelnen Behauptung ein Beweisverfahren Statt finden könne. Dies gilt für alle Behauptungen vor und nach der l. c. Wenn Bartolus (ed. Martin) §. 12 behauptet: teneas autem quod positiones nunquam fiunt, nisi lite contestata, so ist dagegen zu vergleichen Durantis de positionibus §. 4 p. 230: Quando faciendae sunt positiones? ... ante l. a. super exceptionibus dilatoriis quae tunc debent probari et in aliis casibus in quibus testes lite non contestata recipiuntur et adversarius cogendus est per judicem respondere illis .... generaliter quando-

cunque et ubicunque probatio admittitur, fieri possunt.

Wir wollen nun übersichtlich die Reihenfolge der Thätigkeiten bezeichnen, welche sich bei jeder Behauptung bis zum Abschlusse des Beweisverfahrens darüber ergeben können: Positionen oder Artikel; — Einwendungen gegen Relevanz; — Interlocut hierüber; — Erbieten zum Beweise der negirten Positionen in Verbindung mit Vorlage der Beweisartikel; — Terminverstattung zur Beweisführung; — Beweisführung selbst; — Führung des dir. Gegenbeweises: a) durch Mitwirkung bei der Beweiserbringung (Interrogatorien), b) durch besondere Reprobationstermine zur Erbringung direkten Gegenbeweises nach geführtem Hauptbeweise, c) durch Verhandlung in tempore disputationum.

Ueber die direkte Gegenbeweisführung sind bei den einzelnen Beweismitteln besondere positive beschränkende Bestimmungen zu bemerken. Hier möge nur zu b) bemerkt werden, daß auch für denjenigen, der testes reprobiren will, Erlaubniß zur Formation von Artikeln gegeben wird. Durantis I. p. 4 de teste §. 5 n. 16 p. 303.

§. 28. Vergleichende Bemerkungen.

Zum Schlusse mögen folgende vergleichende Bemerkungen Platz finden:

1. Das röm. Recht, welches im Ganzen für das Verfahren rezipirt wurde, ist besonders in Beziehung auf das Beweisverfahren durch die Ordnung und Eintheiluug, durch die systematisirende Behandlung der Rechtslehrer dieser Periode, die überall die allgemeinen Sätze zu detailliren sich bestreben, dahin ausgebildet worden, daß wir nun aus dem wenigstens nach der l. c. ungetheilten Verfahren des röm. Rechts nun eine Anzahl von Verhandlungsterminen theoretisch geschieden erblicken. Im röm. Recht umschließt Ein Termin, Eine mündliche Verhandlung nach der l. c. alle,

wenn auch nach einander, nicht miteinander erbrachten und zu beweisenden Behauptungen; wenn mehrere Termine vorkommen, so sind sie nur Erstreckungen und Verlängerungen dieses Einen Termines. Im canonischen Recht ist aber durch die Theorie von vorne herein eine Reihe von Terminen für jede Behauptung aufgestellt, wenn nicht der Richter von der wohlthätigen Befugniß zur Zusammenziehung der Dilatorien, wie auch der Peremtorien Gebrauch macht. Trotzdem darf man nicht vergessen, daß im Prinzipe die Stellung des Beweisverfahrens im canonischen Recht ganz dieselbe wie im röm. Recht ist, nur nach der casuistischen Zeitrichtung casuistisch geordnet.

2. Mit verhältnißmäßig großer Klarheit erscheint schon die Theorie in Bezug auf den Beweis des Klagegrunds und der exceptivischen Vertheidigung, während in Bezug auf den direkten Gegenbeweis alle positiven Bestimmungen ebensowohl als die Theorie sich an die einzelnen Beweismittel, insbesondere an den Zeugenbeweis anschließen, dort die termini reprobatorii, den Ausschluß der repr. reprobationis und Anderes festsetzen.

3. Das Schema der möglichen Stellen von Beweisführungen fällt zusammen mit demjenigen der Zeiten, wo selbständige Behauptungen eintreten können, wobei der direkte Gegenbeweis als Anhängsel des Hauptbeweises zu denken ist.

Kapitel V.

Reichsgerichtliches Verfahren.

§. 29. Einleitung und äußere Anordnung.

Mit dem Schlusse des 15. Jahrhunderts führt uns der Gang unserer Aufgabe zur Betrachtung des Verfahrens bei den deutschen Reichsgerichten. Schon in früher Zeit, unter den Carolingern schon, kommen Hofgerichtsurtheile — sententiae Curiae oder palatinae vor, gefällt

von den Hofpfalzgrafen, oft in Gegenwart der Könige. Im Mainzer Reichsabschiede 1235 (N. S. der RA. I, S. 25) wird ein Hofrichter gesetzt, „der soll alle Tage zu Gericht sitzen." Dieses Hofgericht bekam später den Namen Kammergericht; namentlich aber beschäftigt sich mit dessen Erweiterung die sogenannte Mainzer Reformation 1441, welche den vergeblichen Versuch machte, die fremden Rechte zu verdrängen, „Alle Doctores der Rechte sollen nit mer gelitten ... sunder ganz abgethon werden", „alle kaiserliche weltliche Recht, so bisher im heyligen Römischen Reich teuzscher Nation gebraucht und dafür gehalten seynt, sollen alle tode und ab seyn." Allein alle diese Entwürfe blieben ohne Erfolg.

Die Ordnung von 1471, deren Urheber der Kurfürst von Mainz war, hatte geringe Bedeutung, da Friedrich III. in einem Ausschreiben 1490 selbst sagt: „Wir haben fürgenommen und geordnet, unser Kaiserlich Cammergericht, so etlich Zeit her in gemeiner Uebung nicht gewesen ist, wiederumb aufzurichten", was auch 1492 auf das Gesuch der Reichsstände zu Worms geschah.

Max I. veröffentlichte zugleich mit dem Landfrieden am 7. August 1495 eine Kammergerichts-Ordnung, die erste unter den hier in Betracht kommenden.

Vgl. über all dieß die „Abhandlung von der Geschichte der wichtigsten deutschen Reichsgrundgesetze" Frankfurt und Leipzig 1767 III. Hauptstück und die dort Angeführten.

Was nun die äußere Anordnung betrifft, so ist diese eine durch die innern Gründe, welche auf die Entwicklung des Beweisverfahrens wirkten, gebotene.

Die Kammergerichts-Ordnung von 1495, 1500, 1507, 1521, 1523 und 1527 finden nehmlich einen Abschluß in der von 1555. Bis hierher soll demnach auch die Periode des älteren Reichsgerichtl. Verfahrens geführt werden.

Von da ab, so namentlich mit den eingreifenden Reformen des Speyerer RA. 1570 beginnt jene Richtung, welche sich in ihrer schönsten Vollendung im Jüng-

sten Reichsabschiede zeigt. Es wird daher die II. Periode das Jahr 1570 zum Ausgangspunkt nehmen.

So wären diese Perioden äußerlich geschieden. Sie scheiden sich aber auch innerlich, durch die Verschiedenheit der leitenden Prinzipe. Während es in der I. Periode das des „Systematisirens, der Ordnung" ist, anlehnend an das canonische Recht, so ist es in der II. Periode das der „Kürzung", was den Ausschlag giebt.

§. 30. Verhältnisse, die von Einfluß auf die Stellung des Beweisverfahrens sind.

Sucht man nun die Verhältnisse auf, welche auf die Stellung des Beweisverfahrens Einfluß äußerten, so ergeben sich folgende Punkte zur Berücksichtigung:

1. Wir haben es hier mit der Prozeßordnung Eines Gerichtes zu thun. Hieraus folgt aber eine Festigkeit und Gleichförmigkeit, welche namentlich bedeutend absticht gegen die vielfach streitige und entgegengesetzte Praxis im canonischen Recht.

2. Diese Prozeßordnung selbst ist gebildet nach dem Vorbilde des canonischen Rechts; selbst die Streitfragen desselben sind nicht unerwähnt gelassen und werden entschieden, so z. B. in der C.-G.-O. von 1507 IV §. 2 (Bergmann S. 47). Namentlich von dieser C.-G.-O. sagt Heineccius histor. jur II §. 103 mit Recht: Anno MDVII Ratisbonae prodiit nova Cameralis judicii forma, cujus est nullus titulus, nullus paragraphus in quo non jus civile et canonicum, eorumque glossae, itemquae Cynus Panormitanus, Bartolus, Baldus Speculator, Roffredus, similesque heroes utramque paginam faciant.

3. Die Gliederung des Prozesses gelangt hier zur größten Ausbildung. Jede Handlung ist an bestimmte Termine geknüpft. So bemerkt Blumen in proc. cam. Eingangs des cap. LXXVI: bisher habe er von der Materie des Prozesses gesprochen, nun wolle er von der Form desselben reden: die dem Kammergerichte eigenthümliche Form aber sei die der Termine.

4. Dieser streng gegliederten Form entspricht auch die äußere Einrichtung der Gerichte. Was im canonischen Recht wohl häufig genug, aber doch nicht als Regel vorkam, die Commissionen nehmlich behufs der Beweisaufnahme, namentlich aber bei Zeugen, wird hier so gebräuchlich, daß Rulantus de commissariis lib. I. Cap. 1. Nr. 23 durch Beispiele aus der Praxis des Gerichts die Behauptung widerlegen muß, daß es dem judex gar nicht zustehe, Zeugen zu examiniren. Welche Folgen dies für das Beweisverfahren hatte, ergiebt sich aus der Erwägung: Daß man an strenge Sonderung der Thätigkeit des Commissars von der übrigen richterlichen Thätigkeit denken mußte, wenn nicht Verwirrung entstehen sollte. War aber diese Sonderung eingetreten, so konnte allerdings das Verfahren vor dem Commissar ungestört neben dem Hauptverfahren des judex einhergehen. Mit gesetzlicher Kraft wurde diese schon in der Praxis des canonischen Rechts bestehende Einrichtung in der C.-G.-Ordn. von 1555 bekleidet und ist das Verhältniß dieser Einrichtung zur Entwicklung des Eventualprinzips auseinandergesetzt von Albrecht in seiner Schrift über das Eventualprinzip S. 46.

5. Die Schriftlichkeit des Verfahrens, welche in der C.-G.-O. von 1495 nur „zugelassen" ist, wird in der von 1500 Tit. XII, XIV, XV und in den folgenden vorgeschrieben. Es konnte dieß nicht anders sein, da aus weiter Ferne und fast nur durch Procuratoren gehandelt wurde, vgl. Albrecht S. 27.

6. Sache der Parteien ist es, sich zum Beweise zu erbieten. C.-G.-O. von 1555 III. Tit. XV. §. 11. „Weiter soll auf diesem Termin und sonst zu jederzeit, wann die Parteien sich zu beweisung anbieten, zu beider theil willen und gefallen stehen, alsbald Commissarien zu ernennen und dilationem probandi zu bitten, oder derhalben zeit auff nechsten Termin zu nemmen".

7. Die Reichsgesetze bleiben bei der Theorie des cano-

nischen Rechts bezüglich der l. c. stehen, wie wir sie, soweit sie hier zu betrachten ist, eben kennen lernten, vgl. von Savigny System VI. S. 39 — 44. Hiermit steht der Umstand in Verbindung, daß das Institut der Positionen und Responsionen, welches im canonischen Recht durch die Praxis sich eingeführt hatte, nun mehr gesetzlich vorgeschrieben wird, z. B. C.-G.-O. 1496 Tit. XII und die ff. C.-G.-O. Tit. XIII ib. §. 1 „schriftlich und articulirt fürbringen."

8. Es existirt noch keine gesetzliche Beweisfrist; auf Bitten der Partei bestimmt der Richter, binnen welcher Zeit Beweis erbracht werden müsse. In den älteren C.-G.-O. ist hier auch immer bei Gelegenheit der Dilationen und ihrer Prorogation auf das canonische Recht hingewiesen. Solche Fristen werden verwilligt, so oft eben Beweisführung nöthig wird. Obgleich in den C.-G.-O. sie nach Audientien bestimmt sind, so werden sie doch nach Schwanmann de process. camerae Frankf. 1620 nach Monaten berechnet „quod usus et stylus quotidianus evincit."

§. 31. Stellung des Beweisverfahrens in der C.-G.-O. von 1500 und 1507.

Wir werden nun bei den C.-G.-O. vor 1555 nur insofern verweilen, als sie wesentlich eingreifende Bestimmungen theils mit Rücksicht auf das canonische Recht, theils als Neuerungen bestehender reichsgesetzlicher Ordnungen trafen.

Alle diese Ordnungen haben das Uebereinstimmende, daß sie sorgfältig die drei Gruppen gleichartiger Behauptungen — vor der l. c. dilatorische oder prozeßhindernde peremtorische — nach der l. c. über den Klagegrund „den Haupthandel berührende" — ebenfalls nach der l. c. peremtorische — scheiden, so schon 1496 Tit. XII. §§. 1—8; eod. tit. §§. 8 — 12; Tit. XIII. In der C.-G.-O. von 1500 Tit. XII (Bergmann S. 17) vom Haupthandel;

XIII von der endlichen Exception; XIV Termin in dilatoriis und so die ff. C.-G.-O.

Nun entsteht zunächst die Frage: Von wo ab beginnt die Erörterung, das ist Aufstellung und Beweisführung, einer jeden dieser Gruppen? Diese Frage beantwortet sich in den C.-G.-O. von 1496, 1500, 1507 ziemlich gleichlautend dahin, daß nachdem am I. Termin Reproduction der Ladung geschehen, am II. Termin die prozeßhindernden Behauptungen vorzubringen sind. Diese halten bis zu ihrer Erledigung natürlich ihrem Begriffe nach weiteres Verfahren auf; sind aber prozeßhindernde Behauptungen nicht vorhanden, so geschieht im II. Termine Kriegsbefestigung; im III. Termine dann Artikulirung der vermeinten Klage oder wiederholte Vorlage des artikulirten Libells; im IV. Termin Antwort hierauf. Hier beginnt nun das Beweisverfahren in der Hauptsache. Dieses schließt das Verfahren mit direktem Gegenbeweise ein. In einem und demselben § wird sowohl 1496 als 1500 XII. §. 5 von dem Haupt- und dem direkten Gegenbeweise gehandelt. Hieran ist auch 1507 nichts geändert, C.-G.-O. von 1507 I. §. 9 §. 11 und §. 14. §. 9 „Item wirt der fünfft Termin gehalten und geben, nach gutem Ansehen des richters, in welchem die beweisung soll geschehen.... §. 11: Item der sechst termin ist, der zeugen sag oder rottel der zeugen fürzubringen und die zu eröffnen und jura und instrumenta darzuthun und den widertail begern, ein termin zu setzen zu sagen und excepiern wider die zeugen und yhre sag und wider andere beweisung. §. 14. Der sybend termin wird dem beklagten geben zu sagen und excepiern wider die sag und person der zeugen und andere beweisung..."

Wie schon bemerkt, geht vom II. Termin aus die Aufstellung und die Beweisführung über die prozeßhindernde Gruppe. Hier ist das Verfahren ganz, wie oben bei der Hauptsache beschrieben wurde. C.-G.-O. 1500

Tit. XIV, worauf sich auch hinwiederum die C.-G.-O. von 1507 V §. 8 bezieht. Schon 1496 und so in allen folgenden C.-G.-O., 1507 mit ausdrücklicher Beziehung auf c. 4 pastoralis X. II, 25, wird verordnet, alle dilatorischen prozeßhindernden Einreden auf einmal vorzubringen. 1507 V. §. 4. „denn die auszug dilatorie so den haupthandel berüren, sollen fürbracht werden nach bevestigung deß kriegs." Ebenso ist für die peremtorischen Behauptungen schon 1496 der gute Rath, den die canonischen Rechtslehrer gaben, sie auf einmal vorbringen zu lassen, zum Gesetz erhoben Tit. XII. §. 8; diese Bestimmung ist gleichlautend aufgenommen 1500 XII. §. 8. Aus diesen Stellen geht hervor, daß der Anfangspunkt für die Erörterung der peremtorischen Behauptungen hier insofern in die Willkür des Beklagten gestellt ist, daß er die Fundirung der Klage nicht abzuwarten braucht. Es heißt nehmlich in der citirten Stelle ... „vor oder gleich nach befestigung des Kriegs peremtorias fürzuwenden ..." corpus jur. cam. von Ludolf 1724 p. 10, während Bergmann corp. jur. jud. germ. S. 19 hier die Stelle so liest: „Ob aber der antwurter, so er sehe das des clägers sach un Intention fundirt were oder davor, gleich nach bevestigung des kriegs, peremtorias fürzuwenden hett, soll er dieselben soviel er hett, artikelsweys, all in ainem termin und zu ainem mal fürwenden." Jedenfalls ergiebt sich ein schwankender Anfangspunkt für die Erörterung der Peremtorien, während die Lesart Bergmann's aus dem Grunde hier und S. 46 gegenüber der des corp. jur. cam. von Ludolf p. 36 vorzüglicher scheint, weil sie mit der Anordnung in c. 4. X. II, 25 harmonirt, die die Quelle dieser Einrichtung ist und mit dem was ad hunc locum Innocenz IV. in seinem Apparate über Peremtorien angiebt.

Hiernach würde das, was Albrecht Eventualprincip S. 41 als Wirkung der C.-G.-O. von 1521 u. 23

darstellt, die Cumulation zweier concurrenten Handlungen, der direkten Beantwortung des vorgängigen Angriffs mit dem direkten Gegenangriffe jetzt schon wenigstens nicht ausgeschlossen sein. Nicht begründet ist daher Goldschmid's Meinung Abh. V, 55, daß exc. per nur nach fundirter Klage vorgebracht werden konnten, selbst nicht für die älteste Zeit des Reichsgerichtsprozesses. Freilich wird 1507 unter Bestätigung der alten Anordnung über die Vorbringung der Peremtorien dem Beklagten IV. §. 1 gesagt: .... „Doch so thut der beclagt am allersichersten (nach Durantis ist er fatuus, wenn er nicht so thut!), so er dieselbig nit eher fürwendt die clag sey dann zuvor fundirt..." „Doch mag er die geben zuvor und gleich nach Befestigung des Kriegs."

Auf die Unterscheidungen der Rechtslehrer des canonischen Rechts über die prozeßhindernde Kraft der peremtoriae quae nullam esse actionem demonstrant oder die exc. facti läßt sich die Reichsgerichtliche Periode somit nimmer ein. Wäre dieß der Fall, so würde hier, wo kein Mangel an theoretischen Bemerkungen ist, eine solche Platz gefunden haben.

Es kann somit Anführung und Beweisung der peremtorischen Gattung schon neben oder nach Erörterung des Klagegrundes Statt finden.

Die Ordnung im Einzelnen ist wieder ganz wie bei der Hauptsache und ebenso verhält es sich mit den Repliken ꝛc. Dies beweist auch die Terminzahl, denn um nur die Ordnung von 1507 anzuführen, so heißt es dort IV. §. 5 Bergmann S. 50: „darnach so wirt beden partheyen (in peremtoriis nämlich) geben die siebent termin, alles fürzubringen und zu beschließen." Hier ist dieselbe Terminzahl wie in dem Haupthandel. Als Resultat für die Stellung des Beweisverfahrens ergeben sich nun folgende Sätze: Dasselbe ist enge geknüpft an die Stelle der Anführung der Behauptungen. Mögen daher in erster Linie prozeßhindernde, den Klagegrund betreffende

oder peremtorische, oder in zweiter Linie die zu jeder dieser Klassen möglichen Repliken, Dupliken ꝛc. eines Beweises bedürfen, es knüpft sich sofort, wo sie eben angebracht und verneint worden sind, das Beweisverfahren an; das direkte Gegenbeweisverfahren aber steht ebenfalls mit dem dasselbe bedingenden Vorbeweisverfahren in unlöslichem Zusammenhange.

(Schluß im nächsten Heft.)

XVIII.

Die Fortschritte der Civilprozeßgesetzgebung, insbesondere mit Beziehung auf die neuesten Gesetzgebungen über Civilprozeß in Oesterreich, Preußen, Mecklenburg, Hessendarmstadt, mit Berücksichtigung der neuesten Gesetzgebungen von England und Nordamerika.

Von

Mittermaier.

(Fortsetzung des Aufsatzes Nr. XII. im vorigen Hefte.)

Seit unserem letzten Aufsatze verdanken wir der wissenschaftlichen Thätigkeit manche Erscheinungen auf dem Gebiete der Civilprozeßgesetzgebung, welche der allgemeinen Aufmerksamkeit derjenigen würdig sind, die mit der Verbesserung des Civilprozesses sich beschäftigen. Ein Theil dieser Arbeiten bezieht sich auf den französischen Prozeß. Je mehr bei den neuesten Gesetzgebungen Deutschlands, welche Mündlichkeit und Oeffentlichkeit des Verfahrens vor Kollegialgerichten einzuführen suchen, der französische Civilprozeß zum Vorbilde dient, desto wichtiger ist es, die Stimmen der Erfahrung in Frankreich selbst über den Werth der französischen Einrichtungen zu sammeln. Ver-